

João Agnaldo Donizeti Gandini
Luciana Rastelli Rangel

O ACESSO À JUSTIÇA E A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

RESUMO

Afirma ser a exceção de pré-executividade o meio para se atingir o tão almejado acesso à Justiça, na seara processual, na medida em que o executado pode participar efetivamente do processo, fulminando a execução antes de ter seus bens atingidos pela segurança do juízo.

Realça que o princípio do devido processo legal e seus corolários contraditório e ampla defesa foram elevados ao patamar constitucional a partir de 1988, o que acarretou um tom mais aceitável da exceção de pré-executividade, tornando-a admissível pela doutrina atual.

Por fim, aduz a possibilidade de trazer em seu bojo matérias de ordem pública não-dependentes de maior dilação probatória e considera haver litigância de má-fé daquele que opõe a exceção de pré-executividade infundamentadamente.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça – acesso; pré-executividade; exceção; bens; segurança – juízo; devido processo legal; contraditório; ampla defesa; doutrina; litigância; má-fé.

1 O ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça é um objetivo cada vez maior da sociedade em um Estado de Direito.

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o acesso à Justiça não se limita à faculdade de estar em juízo: *o acesso à Justiça não se identifica, pois, com a mera admissão do processo ou possibilidade de ingresso em juízo. (...) Para que haja o efetivo acesso à Justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (...)*¹.

Trazendo este conceito à seara do processo de execução brasileiro, somente garante-se o tão almejado acesso à Justiça, no seu sentido mais amplo, quando se der ao executado a chance de participar efetivamente daquele processo, de forma que possa alegar matérias que tenham o condão de fulminar de plano a execução, antes que tenha seus bens atingidos pela segurança do juízo. A exceção de pré-executividade é um meio para se atingir a esta efetividade.

Por longo tempo os embargos à execução foram a única forma de oposição de defesa perante uma execução, com a condição *sine qua non* da garantia do juízo.

Mas a doutrina construiu a figura da exceção de pré-executividade, que dispensa a segurança do juízo e cada vez mais vem sendo aceita pela jurisprudência.

Sem o direito de defender-se numa execução antes de garantido o juízo com a constrição indevida de seus bens, o executado torna-se um mero observador passivo do processo, o que ofende o princípio do contraditório. A incansável busca pelo devido processo legal e pelo acesso à Justiça não poderia deixar de levar à análise crítica desse problema.

O direito de defesa constitui, antes de mais nada, a contrapartida do direito de ação e ambos são garantidos constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal), pois são a concreta possibilidade do cidadão acionar o Estado para obter a prestação jurisdicional e esse direito não pode ser negado àqueles que se vêem obrigados a participar de um processo quando nem sequer deveriam estar dele fazendo parte.

No entanto, a interpretação literal da lei processual – que exige a

segurança do juízo para que o executado possa opor sua defesa –, afasta da ordem jurídica aquelas garantias constitucionais (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal), inviabilizando até mesmo o acesso à Justiça.

Por isso, fez-se necessária a criação doutrinária da exceção de pré-executividade, a fim de evitar lesões àqueles que se vêem injustamente obrigados a compor um processo, buscando diminuir esta desproporção havida entre credor e devedor no processo executivo, criar mecanismos garantidores da igualdade entre as partes e possibilitar um contraditório real.

2 ORIGEM HISTÓRICA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Deve-se a Pontes de Miranda a adoção deste instituto pelo Direito Processual Civil brasileiro. Foi ele quem o intitulou de “exceção de pré-executividade” e definiu sua finalidade: bloquear o desenvolvimento de uma execução anormal com título inexigível. O mestre traçou as diretrizes da oportunidade da defesa prévia em um parecer confeccionado em 1966 para a Companhia Siderúrgica Mannesmann, que estava sendo executada por títulos extrajudiciais com assinatura falsa de um de seus diretores. Nessas execuções, objetivava-se realizar penhoras sobre rendas e depósitos bancários da empresa, forçando esta a uma total paralisação. Eis um trecho do citado parecer:

*Quando se pede ao juiz que execute a dívida, tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial, seja extrajudicial. Se alguém entende que pode cobrar dívida que consta de instrumento público, ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o demandado – dentro das 24 horas – argúi que o instrumento público é falso, ou que a sua assinatura, ou de alguma testemunha, é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou sofrer a penhora. Uma vez que houve alegação que importa oposição de “exceção pré-processual” ou “processual”, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva (...) pode o executado opor-se, legitimamente, à executória, com exceções de pré-executividade do título, exceções prévias, portanto, à penhora, que é medida já executiva*².

Alberto Caminã Moreira³ cita ainda em sua obra que Pontes de Miranda teve como fonte inspiradora o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, em que havia a seguinte previsão para o processamento da execução fiscal: *Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta* (grifo nosso).

Em âmbito normativo, foi prevista, com certa cautela, no Decreto n. 5.225, de 31/12/32, do Estado do Rio Grande do Sul, que modificou alguns dispositivos dos antigos Códigos de Processo Civil e Comercial. Posteriormente, começou a figurar quase imperceptível na jurisprudência, tendo-se notícia de que um dos mais antigos julgados a tratar do assunto foi o Acórdão n. 80.754/S, do Ministro Moacir Catunda, da 5ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Também se tem notícia de que, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, houve um estudo sobre um antigo tipo de defesa chamado na época de “oposição”, que era considerada *ação declarativa enxertada no processo de execução*, a qual consideram os atuais juristas ser uma *fonte legislativa remota da exceção de pré-executividade*⁴.

Contudo, apesar das anteriores tentativas, foi por meio do aprofundado posicionamento de Pontes de Miranda que acabou apresentado ao Direito pátrio o instituto da exceção de pré-executividade.

3 NATUREZA JURÍDICA

Existem controvérsias quanto à natureza da exceção de pré-executividade.

Há autores como Marcos Valls Feu Rosa⁵ que entendem que a exceção, de pré-executividade é apenas uma arguição de nulidades e não uma exceção, e outros, como Marcelo Lima Guerra⁶, que equiparam o instituto a um pedido de reconsideração, desprovido de sentido técnico, apesar de equipará-la a uma objeção.

Tarlei Lemos Pereira⁷ afirma que a natureza da exceção de pré-executividade é de *objeção*, pelo fato de as matérias alegadas serem de ordem pública e por sua oposição não ser limitada ao autor ou ao réu, estendendo-se a terceiros.

Para Moreira⁸, a natureza da exceção de pré-executividade é de *incidente de defesa*, não se tratando

de ação ou mesmo de processo incidental, aproximando-se bastante da contestação, mas sem ter seus efeitos preclusivos e sem gerar os efeitos da revelia.

Para Araken de Assis⁹, é uma modalidade excepcional de objeção do executado e, para Nelson Nery Júnior¹⁰ e Paulo Henrique dos Santos Lucon¹¹, terá natureza de *objeção*, por comportar matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício e não precluem.

A expressão mais empregada recentemente pela doutrina e pela jurisprudência é “exceção de pré-executividade”, termo que continuará a ser empregado neste trabalho.

4 O PROCESSO DE EXECUÇÃO BRASILEIRO

Durante a primeira fase do Direito romano, o papel do Estado limitava-se apenas a declarar o direito, cabendo àquele que teve reconhecida a sua pretensão utilizar-se dos meios necessários à satisfação do seu direito. O monopólio do Estado sobre a execução remonta à criação do Estado moderno, dentro de suas diretrizes de substituição das partes e controle na aplicação da justiça.

Por meio do processo executivo, o Estado completa a sua função jurisdicional, assegurando ao portador de um direito que já foi devidamente reconhecido, legal ou jurisdicionalmente, um provimento satisfativo. Não basta a um credor ter o seu direito reconhecido, se o Estado não disponibilizar meios para satisfazer esse direito.

Sem dúvida, com o ajuizamento da execução, inaugura-se uma agressão ao patrimônio do executado, devendo cercar-se de cautelas tanto o exequente, ao distribuir a petição inicial, quanto o Poder Judiciário, ao admiti-la e ordenar a citação e a penhora, a fim de evitar uma demanda que proporcione transtornos às partes e à própria máquina judiciária.

No entanto, apesar de todas essas cautelas, ainda são ajuizadas execuções indevidas, inviáveis. Portanto, há de ser garantido ao injustamente executado um instrumento jurídico capaz de impedir os efeitos da distribuição e da própria constrição de seus bens numa execução desfalçada de elementos essenciais, como são os pressupostos processuais, genéricos e específicos, e as condições da ação, conhecíveis de ofício.

Dessa feita, pelo amor à economia e à celeridade processual, fez-

se necessária a criação de um mecanismo que pudesse minimizar os transtornos trazidos ao executado: a exceção de pré-executividade.

Na obra de Teresa Arruda Alvim Wambier foi ventilada a necessidade desses mecanismos de controle, *in verbis*:

Seria absurdo que o sistema não contivesse freios, consubstanciados nas decisões negativas de admissibilidade, cujo objetivo é evitar que prossiga uma etapa procedimental gerada por um pedido fadado ao insucesso. É justamente a isso que se visa com o possibilitar que o executado alegue certo tipo de “defesa”, mesmo antes da citação, principalmente quando se trata de alegações que, se conhecidas e acolhidas, devem gerar necessariamente a extinção daquilo que nem execução chegou a ser¹².

5 AS DEFESAS DO EXECUTADO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Para uma linha de doutrinadores mais tradicionais, o devedor é citado para cumprir uma obrigação constante de título judicial ou extrajudicial, e não para defender-se, o que não é verdade. Sob o prisma dessa interpretação meramente literal do texto legal, seria retirada do executado qualquer chance de manifestar-se ou de defender-se, por conta da preservação da autonomia do processo de execução, que não admite, teoricamente, a discussão de mérito e o contraditório em seu bojo (a não ser por meio dos embargos, como ação autônoma, fora da ação executiva).

Diante da interpretação literal do texto legal, pelo qual é impossível a cognição no processo de execução, corre-se o risco de violação do princípio do *due process of law*, porque, independentemente desses conceitos, deve-se considerar que o processo de execução está inserido num sistema legal norteado por princípios de direito, que se aplicam indistintamente a todas as categorias de processos.

A única forma legal de apresentação das defesas do executado é a oposição dos embargos à execução (art. 736, CPC). Em tempo, pretende-se tratar deles aqui pela denominação “embargos do executado” ou “embargos à execução”, e não pela terminologia encontrada no Código de Processo Civil pátrio, que é: “embargos do devedor”, pois este termo já pressupõe uma relação de dívida entre exequente e executado,

Por meio do processo executivo, o Estado completa a sua função jurisdicional, assegurando ao portador de um direito que já foi devidamente reconhecido, legal ou jurisdicionalmente, um provimento satisfativo. Não basta a um credor ter o seu direito reconhecido, se o Estado não disponibilizar meios para satisfazer esse direito.

e, se aqui se defende a chance do último poder manifestar-se processualmente alegando nulidades, é porque há probabilidade de este não ser realmente devedor.

Voltando à discussão, não seria possível limitar-se a tratar os embargos como a única forma de exercício da defesa no bojo do processo executivo, alertando-se para a carga lesiva dos efeitos da penhora sobre os bens do executado. É inegável que deva existir outra forma de participação processual que possibilite ao devedor impugnar o processo executivo, sem o pressuposto da segurança do juízo quando, por exemplo, o título for manifestamente nulo ou tiver sido quitado.

Nessas situações, a exceção de pré-executividade torna-se instrumento útil a ser manejado pelo executado, pois alertará o juiz quanto à falta de pressupostos processuais ou condições da ação, atacará vícios, nulidades ou o próprio direito de ação, antes da onerosa constrição judicial para garantir o juízo.

É o que há muito pregava Cândido Rangel Dinamarco: *o juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução, seja acerca dos pressupostos processuais, das condições da ação ou dos*

*pressupostos específicos dos diversos atos a levar a efeito*¹³.

Nesse passo, cria-se a possibilidade do contraditório na execução, vindo a incrementar a exceção como tipo de defesa admissível, antes e para evitar a penhora.

No entanto, o posicionamento pela possibilidade da defesa pré-executiva antes de seguro o juízo defendido por Pontes de Miranda e, posteriormente, por Araken de Assis, em 1987, e Galeno Lacerda¹⁴, não foi inserido no sistema com tanta facilidade.

Além da falta de previsão legal, existem outros problemas que inviabilizam a aceitação unânime da exceção de pré-executividade: a segurança do juízo, a restrição das possibilidades de cabimento e a impossibilidade de cognição no processo de execução.

6 SEGURANÇA DO JUÍZO

A segurança do juízo é um dos pressupostos indispensáveis à propositura dos embargos, constituindo um verdadeiro pressuposto para seu exercício (art. 737 do Código de Processo Civil).

Basta olhar criticamente para esse instituto para averiguar-se até que ponto a segurança do juízo é condizente com o nosso ordenamento jurídico e se, de alguma forma, não estaria obstaculizando o exercício do direito de ação do executado, uma vez que gera um ônus demasiadamente grande para este, que terá seu patrimônio vinculado, a fim de que possa ter sua defesa apreciada pelo Poder Judiciário.

E é por essa razão que deve o ordenamento jurídico ofertar outro mecanismo que possibilite a defesa daquele que estiver sendo executado injustamente, sem comprometer seu patrimônio, e esse mecanismo é a exceção de pré-executividade.

Galeno Lacerda manifestou-se sobre o tema:

Na defesa do executado, há exceções prévias que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. Se o título não for exigível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico. (...) Se esses pressupostos ou condições inexistem, ou ocorre grave suspeita em tal sentido, constituiria violência inominável impor-se injustamente ao executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar

*lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir ele bens penhoráveis suficientes (...). Se o direito resultante do título extrajudicial é atacado nos pressupostos da própria executividade, com argumentos sérios e idôneos, despe-se de qualquer sentido lógico ou jurídico, para o conhecimento e decisão dessa matéria, a exigência de prévia segurança do juízo que não houve*¹⁵ (grifo nosso).

No mesmo sentido, há opiniões de: Araken de Assis¹⁶, Vicente Greco Filho¹⁷, Cândido Rangel Dinamarco¹⁸ e Humberto Theodoro Júnior¹⁹.

A jurisprudência já aceita a dispensa da segurança do juízo para a oposição de embargos à execução, em certos casos: a) em embargos opostos pela Fazenda Pública, visto que os bens públicos são impenhoráveis; b) quando o título objeto da execução não se reveste das características de título executivo²⁰; c) em execução de alimentos²¹; d) quando o executado não dispõe de bens para garantir a execução, não sendo possível limitar, dessa maneira, o acesso à Justiça de pessoas economicamente carentes. Poder-se-ia dizer que, em não havendo bens a penhorar, a execução ficará suspensa *sine die* (art. 791, III), permanecendo o nome do executado nos registros forenses, sem que possa ele apresentar a defesa no sentido de que, talvez, até já tenha pago o título ou de que realmente nada deva, o que significa uma afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois, sendo insolvente, não teria o executado como ver sua pretensão apreciada pelo Poder Judiciário.

Destarte, conclui-se que, apesar das críticas, deve-se encarar que a garantia do juízo ainda é uma medida legal, uma segurança ao exequente inserida no sistema processual brasileiro e que não foi revogada pela atual Constituição, como querem alguns.

Dessa forma, apenas em casos excepcionais e de clara percepção pelo magistrado, caberia a defesa sem a referida garantia, como em casos de evidente nulidade da execução: na falta de condições da ação ou de pressupostos processuais, defeito extrínseco do título, e mesmo o pagamento do valor objeto de execução, demonstrado por prova indubitável, casos em que não acarretaria ofensa à lei a aceitação de apresentação da exceção na própria execução, sem estar seguro o juízo.

7 RESTRIÇÃO DE MATÉRIAS A SEREM ALEGADAS – HIPÓTESES DE CABIMENTO

Já foi dito anteriormente que a exceção de pré-executividade trata-se de uma modalidade excepcional de oposição do executado que visa a fulminar de plano uma execução antes de garantido o juízo.

Destarte, é prudente que não se faça interpretação ampliativa das hipóteses em que tal incidente possa caber, só podendo trazer em seu bojo matérias que tenham o poder de extinguir *ab initio* essa execução, ou seja, matérias que possam ser reconhecidas de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo, e que não necessitem de dilação probatória muito aprofundada, tais como: a ausência de pressupostos processuais, de condições da ação ou até mesmo a inexigibilidade do título que ampara a execução.

Segundo Wambier, devem ser obedecidos dois critérios necessários para a oposição da exceção de pré-executividade: a matéria a ser alegada deve estar ligada à admissibilidade da execução, portanto, conhecido de ofício; o vício apontado deve ser demonstrado *prima facie*, não dependendo de instrução longa e trabalhosa. Contudo, a autora também observa que uma parte minoritária da doutrina até admite a instrução para demonstração de fatos inviabilizadores da execução ou do título, tal como sua quitação²².

Moreira entende ser possível alegar na exceção de pré-executividade: a) ausência de pressupostos processuais de constituição e de validade; b) ausência de condições da ação; c) vícios do título executivo; d) nulidades da ação executiva; e) excesso de execução; f) pagamento; prescrição; decadência; compensação e novação.

Shimura²³ e Guerra²⁴ entendem ser necessário distinguir quais os vícios ou matérias apreciáveis sem necessidade de dilação probatória (por exemplo, o credor instruir a inicial com um título que não se enquadra em nenhuma das hipóteses dos arts. 584 e 585 do CPC) daquelas matérias que necessitam de instrução para sua demonstração (como uma alegação de falsidade da assinatura aposta no título).

Destarte, pode-se concluir que só serão admitidas as alegações por meio da exceção de pré-executividade em matérias que não necessitem de dilação probatória, sob pena de descaracterizar seu objetivo de

celeridade processual e a fim de não desvirtuar a natureza satisfativa do processo de execução.

8 A COGNIÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

O problema da impossibilidade da cognição no processo de execução faz com que uma boa parte dos processualistas mais tradicionais ainda demonstrem resistência na aceitação da possibilidade da oposição da exceção de pré-executividade, que trará certas alegações de defesa no bojo da própria execução, e não por meio dos embargos.

Alguns juristas pátrios, apesar do reconhecido saber que lhes é peculiar, têm uma visão mais tradicionalista do processo, evitando ousar em suas posições, principalmente no que diz respeito a conceitos já arraigados com o tempo.

Alcides de Mendonça Lima²⁵ vê na exceção de pré-executividade uma forma *meramente acadêmica* do devedor se contrapor ao credor, inviabilizando a penhora e o próprio processo executivo. No entanto, no estudo da casualística do tema, percebe-se que muitas execuções são ajuizadas de forma totalmente irregular e, mesmo assim, a exigir a segurança do juízo para, só então, o executado poder defender-se.

Dessa forma, para evitar dilação probatória dentro da execução, as alegações trazidas no bojo da execução deverão estar claras a ponto de serem reconhecidas de plano pelo magistrado, evitando-se uma dilação probatória que vá além da apreciação dos documentos trazidos com a petição de arguição²⁶, isto é, ocorrerá um contraditório rarefeito no processo de execução (alguns entendem que já existe, por intermédio dos embargos), mas de forma mais concisa e menos abrangente do que no processo de conhecimento.

Apesar de ainda cautelosos, já aparecem alguns acórdãos a respeito do assunto²⁷, reconhecendo a possibilidade da oposição da exceção de pré-executividade em casos excepcionais, antes mesmo dos embargos, e Moreira²⁸ assenta toda sua obra na premissa de que é possível haver uma certa cognição no processo de execução sem que este perca sua efetividade, autonomia e natureza satisfativa.

Este é o entendimento expressado por Humberto Theodoro Júnior, que consente com a alegação de nulidades a qualquer tempo:

*Pode, no entanto, acontecer que, por descuido, o juiz dê seguimento à execução com base em título ilíquido ou inexigível. Se tal ocorrer, todo o processo será nulo de pleno direito e a nulidade poderá ser declarada em qualquer fase de seu curso, tanto a requerimento da parte como ex officio (Código Civil, art. 146 e parágrafo único)*²⁹.

Nesse passo, a discussão acerca da cognição no processo de execução fatalmente conduz ao estudo da aplicação do princípio do contraditório ao processo de execução.

Como afirmado, o ordenamento jurídico é composto, além de normas, por princípios que se apresentam como fundamento de validade dessas normas.

Princípios são mais do que normas, mais do que um conjunto de enunciados, são considerados valores, tidos como pilstras mestras do ordenamento jurídico, vigorando como bússolas do próprio sistema, apresentando-se, pois, como enunciados lógicos, supranormativos, servindo como base de validade para as normas, como necessidade e decorrência lógica do próprio ordenamento jurídico, que não consegue resolver suas contradições internas por meio apenas de suas regras positivadas.

O princípio do contraditório, que decorre, entre outros, do princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, Constituição Federal), constitui garantia de um processo justo às partes, no qual os litigantes possam ter um tratamento jurisdicional igualitário, sem que uma parte prevaleça sobre a outra. As partes têm o direito de se fazer ouvir, de deduzir suas pretensões em igualdade de condições até que o juiz chegue ao provimento jurisdicional.

Tal é a dinâmica que o contraditório traz ao processo, que até se fala da participação do juiz como elemento do contraditório, numa visão mais ativista da função do magistrado³⁰.

Não deve prevalecer o argumento de que o contraditório é exercido por meio dos embargos do executado, pois estes constituem ação autônoma, com natureza de processo de conhecimento, com requisitos e pressupostos próprios e, desse modo, não representa o exercício do contraditório na própria execução.

Deve-se observar que, quando a Constituição Federal de 1988 assegurou o contraditório ao processo judicial (art. 5º, inc. LV), não discrimi-

(...) ao executado não se pode exigir que se imponham sacrifícios maiores do que aqueles que deve suportar, nem ao exequente pode ser permitido mais do que lhe garante o seu direito. Assim, cada um dos envolvidos deve ser levado a participar do processo, realizando atos que assegurem a satisfação do seu direito e impondo-se uma relação jurídica processual justa.

nou em qual das categorias de processo seriam aplicados tais princípios, entendendo-se, assim, cabível em qualquer uma delas, ou seja, tanto no processo de conhecimento (de jurisdição contenciosa ou voluntária), quanto no de execução ou no cautelar, indistintamente³¹.

Seria um equívoco limitar o papel do contraditório, fazendo-o incidir apenas sobre certos tipos de processo e não sobre todos. Podem-se ferir direitos do executado ao fechar os olhos para seus argumentos. É como adverte Nelson Nery Júnior, citando expressamente a exceção de pré-executividade como instrumento de exercício do contraditório no processo de execução³².

Não admitir a presença do contraditório na execução seria tratar o executado como mero sujeito passivo dela, frustrando o próprio conceito de processo e, por conseguinte, do processo de execução. Afirma Dinamarco:

Um procedimento em que uma das partes compareça como mero sujeito passivo não é sequer "processo". Como tal só se pode considerar o procedimento, como se disse antes, desde que animado por uma relação jurídica (relação jurídica processual). No inquérito policial, p. ex., o

*indiciado aparece como simples alvo de investigações e é por isso que de processo não se trata: ali não haverá um provimento final da autoridade policial, senão mero relatório, razão por que se dispensa a participação contraditória do indigitado agente criminoso, nada havendo a ser supostamente legitimado por essa via*³³.

Ainda nesse sentido, Nery Júnior informa sobre o interessante entendimento da doutrina alemã acerca do contraditório na execução forçada:

*Embora negando o contraditório amplo como no processo de conhecimento, a doutrina alemã entende presente a garantia constitucional do rechtliches Gehör no processo de execução, com as limitações naturais deste tipo de processo. Seriam manifestações do contraditório na execução, por exemplo, o direito à nomeação de bens à penhora, interposição de recursos e outros atos cuja prática a lei confere ao devedor*³⁴.

Por derradeiro, ao executado não se pode exigir que se imponham sacrifícios maiores do que aqueles que deve suportar, nem ao exeqüente pode ser permitido mais do que lhe garante o seu direito. Assim, cada um dos envolvidos deve ser levado a participar do processo, realizando atos que assegurem a satisfação do seu direito e impondo-se uma relação jurídica processual justa.

Destarte, num grau de intensidade menor e com algumas peculiaridades, o contraditório se mostra necessário ao processo executivo, para a prevenção contra um processo injusto.

9 PROCEDIMENTO

A exceção de pré-executividade pode ser interposta por meio de simples petição e é decidida de plano pelo magistrado, a fim de reconhecer nulidade absoluta e insanável no processo de execução, tais como a nulidade e conseqüente inexistência do título executivo, ou mesmo ausência de condições ou pressupostos processuais.

9.1 PRAZO

Nos primórdios do instituto, Pontes de Miranda afirmava que a manifestação do executado estava adstrita ao prazo exíguo de 24 horas, a partir da citação. Contrariamente, para Galeno Lacerda³⁵, caberia ao executado a arguição a qualquer tempo no processo pela não-preclusão da

matéria, e, da interpretação desses pareceres, frutificaram as discussões.

Porém, se considerar-se a não-incidência da preclusão sobre matérias de ordem pública – que podem ser alegadas a qualquer tempo pelo executado –, não preclui também o direito de oposição da exceção de pré-executividade, no pensamento de Araken de Assis³⁶ e Bojunga³⁷.

Há inclusive entendimento de que as nulidades preponderam sobre qualquer outro instituto processual, podendo, portanto, ser alegadas até em ação rescisória. Assim, mais oportuno ainda seria que o fossem no curso do próprio processo de execução, a qualquer tempo.

Interessante e considerável a observação de Rosa³⁸, quem defende que, se o executado tiver conhecimento dessas matérias e não as argüir na primeira oportunidade, poderá responder pelas custas de retardamento (art. 267, § 3º, CPC). Tal medida seria muito oportuna se aplicada àquele executado que agisse de má-fé, usando suas faculdades processuais para tumultuar o processo.

Com a finalidade de evitar o tumulto processual, o efeito esperado da oposição da exceção de pré-executividade é a suspensão do curso da execução, devendo, portanto, *ser entendido que a arguição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em xeque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da expropriação*³⁹. É o que vem acontecendo na prática forense.

Mas não é pacífico tal entendimento, posto que a suspensão, também não prevista em lei, poderia congelar os atos processuais e tumultuar a busca da tutela satisfativa desejada. Moreira conclui que: (...) *a suspensão do procedimento não emerge como ato discricionário do juiz, que só faz aplicar a lei. A exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal*⁴⁰.

9.2 PESSOAS LEGITIMADAS

Ordinariamente, o legitimado para opor a exceção de pré-executividade seria o executado, isto é, aquele apontado como devedor pelo título executivo que embasa a execução. Mas o art. 592 do CPC aponta outras pessoas que eventualmente podem ter seus bens submetidos à

A exceção de pré-executividade pode trazer matérias de ordem pública e que não dependam de maior dilação probatória, ou seja, aquelas matérias que, reconhecidas pelo magistrado, podem pôr fim imediato a uma execução injusta ou ajuizada de modo errôneo. (...) sua denominação deveria ser "objeção" e não "exceção" de pré-executividade (...).

execução, inclusive a penhora, declarando Araken de Assis que os incisos do art. 592 são *situações legitimadoras passivas*⁴¹, que ensejariam a oportunidade dessas pessoas também poderem opor exceção de pré-executividade, visando à proteção de seu patrimônio, apesar da vedação legal e doutrinária à intervenção de terceiros na execução.

Essa é uma visão mais instrumentalista da arguição de matérias de ordem pública dentro do processo de execução e a que mais apraz ao moderno pensamento, visto que não acarreta prejuízos às partes ou a terceiros.

10 A DECISÃO PROFERIDA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Sendo a exceção de pré-executividade um tipo incidental de oposição do devedor, a decisão que a acolhe e põe termo à execução tem força de sentença terminativa⁴², prevista no art. 267 do CPC, com a possibilidade de condenação do exeqüente em custas e honorários advocatícios, com fundamento no art. 20 do CPC, segundo Araken de Assis. Assim, tal sentença pode ser objeto de recurso de apelação.

Mas isso não acontece com a decisão que a rejeita, pois, não acolhendo as matérias ali alegadas, não colocará termo ao processo e, por isso, pode ser classificada como decisão interlocutória, desafiando, nesse caso, o recurso de agravo de instrumento.

11 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA OPOSIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

O princípio da lealdade processual, contido no art. 14, inc. II, do CPC, é uma das pilastras que devem sustentar o nosso ordenamento jurídico e deve funcionar como parâmetro para todos os operadores do Direito, *in verbis*: Art. 14: *Compete às partes e aos seus procuradores: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé.*

Já o art. 17 do mesmo *codex* vem ampliar a abrangência do art. 14, *in verbis*: Art. 17 – *Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (...) IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados.*

Ainda, o art. 600, inc. II, do CPC, dispõe: *Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do devedor que: (...) II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardís e meios artificiosos.*

Os princípios do contraditório e da ampla defesa elevaram-se ao patamar de garantia constitucional a partir de 1988, por isso talvez sejam ainda mal interpretados ou maliciosamente utilizados para encobrir expedientes de má-fé. Deve-se contrabalanceá-los com o princípio da proibidade processual para coibir abusos e evitar prejuízos à parte contrária e à máquina judiciária.

Nesse passo, o princípio da proibidade processual não pode ser considerado um ônus, mas sim um dever processual e deve andar ao lado dos princípios constitucionais do contraditório (informações e dialética do processo) e da ampla defesa (para que a irrestrrição da ampla defesa não acabe por desvirtuá-la).

Liebman⁴³ já entendia ser expediente de má-fé do exequente a proposição de uma execução após extinto o crédito, sendo isso motivo de condenação à reparação dos danos causados e de anulação da execução.

Em diversas outras situações da execução, pode ocorrer a litigância de má-fé das partes, inclusive do

executado que opõe a exceção de pré-executividade sem ter realmente alegações plausíveis a fazer, ou que sejam possíveis no bojo daquela.

Por isso o bom senso se faz necessário, não se fazendo interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento deste incidente, como, por exemplo, discutir matérias que necessitem de maior dilação probatória.

Araken de Assis, comentando palavras de Mendonça Lima, concluiu que *Realmente, a utilização ampla da exceção de pré-executividade, deduzida de má-fé, gera distorções dignas de nota. Existe o curial risco de dissipação ou ocultação de bens, na pendência de exceção incondicionada ao depósito e à penhora*⁴⁴.

É por isso que o presente estudo visa também a alertar para o perigo da banalização do instituto da exceção de pré-executividade, o que não deve ser admitido, sob pena de criar-se um óbice para o regular andamento da execução e uma afetação ao direito do exequente.

Já existem decisões jurisprudenciais condenando o litigante de má-fé pela interposição da exceção de pré-executividade ao invés da oposição de embargos, quando estes é que deveriam ser opostos⁴⁵.

No entanto, a jurisprudência⁴⁶ já decidiu que só será autorizada a condenação nas penas por litigância de má-fé se esta restar comprovada nos autos, não podendo ser presumida, podendo o magistrado advertir anteriormente a parte (art. 599, inc. II) e aplicar a multa prevista no art. 601, se persistirem os atos atentatórios à dignidade da Justiça (art. 600, inc. II, do CPC).

Além de todos esses argumentos, pode-se falar também da celeridade do processo. A oposição de um incidente com fim procrastinatório, fadado a ser rejeitado, fere profundamente o princípio da celeridade processual, com o qual somos todos obrigados a colaborar. Não são os juízes nem a legislação ultrapassada os responsáveis pelo atrasamento da máquina judiciária; somos todos: funcionários públicos, advogados, procuradores, promotores de Justiça e todos os envolvidos com o sistema, todos os operadores do Direito.

Deve-se atuar como membro de um grande grupo de trabalho, com o mesmo fim: a pacificação com justiça. É mais que um dever jurídico: é um dever social.

Como registrou Bedaque: *a eficácia do Direito processual é medida*

*em função de sua utilidade para o ordenamento e para a pacificação social*⁴⁷.

CONCLUSÕES

O acesso à Justiça deve ser cada vez maior num Estado de Direito e seu conceito atual não pode mais se limitar à postulação em juízo de uma pretensão insatisfeita, mas sim deve estender-se à efetividade da Justiça e à justiça nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Só se terá garantido o tão almejado “acesso à Justiça” no processo de execução, eliminando conflitos e fazendo justiça, se for dada ao executado a chance de participar efetivamente do processo, trazendo a este suas alegações capaz de fulminar de plano a execução, antes que tenha seus bens atingidos pela constrição. A exceção de pré-executividade é essa chance.

A exceção de pré-executividade já era uma idealização de alguns juristas mais antigos, mas esbarrava na falta de previsão legal do instituto, o que fazia os mais tradicionalistas abominarem sua existência. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou a nível constitucional o princípio do devido processo legal e seus corolários contraditório e ampla defesa, a discussão voltou à tona e tomou um tônus mais razoável e aceitável.

Por longo tempo, os embargos à execução foram a única forma de oposição a uma execução, com a condição *sine qua non* da garantia do juízo. Mas, atualmente, a doutrina já admite a nova figura da exceção de pré-executividade, pela qual é possível a alegação de matérias que fulminem a execução de plano, antes de garantido o juízo, ofertando-lhe, dessa forma, o acesso à Justiça, haja vista que a defesa é um direito subjetivo, dirigido contra o Estado, tão importante quanto o direito de ação.

A exceção de pré-executividade pode trazer matérias de ordem pública e que não dependam de maior dilação probatória, ou seja, aquelas matérias que, reconhecidas pelo magistrado, podem pôr fim imediato a uma execução injusta ou ajuizada de modo errôneo. Dessa forma, sua denominação deveria ser “objeção” e não “exceção” de pré-executividade pois, tecnicamente, aquela expressão traduz o meio de se oporem matérias de ordem pública. No entanto, o costume cristalizou-a como exceção e este trabalho a tratou assim.

É patente a litigância de má-fé do que opõe infundadamente a exceção de pré-executividade, posto que atrasa a prestação jurisdicional e a conseqüente satisfação do direito do exeqüente, devendo aquele que assim age arcar com as conseqüências processuais advinentes dessa conduta, pois, como dito: a pacificação com justiça é mais que um dever jurídico: é um dever social.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 35.
- 2 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez anos de pareceres*. São Paulo: Francisco Alves. 1975, p.132-138.
- 3 MOREIRA, Alberto Caminã. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22.
- 4 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 36.
- 5 ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996. p. 94.
- 6 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 156.
- 7 PEREIRA, Tarlei Lemos. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 760, p. 770, fev. 1999.
- 8 MOREIRA, *op. cit.*, p. 36-37.
- 9 ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 446.
- 10 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 137.
- 11 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 162.
- 12 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.410.
- 13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A execução na teoria geral do direito processual civil*. 1972. 214 f. Tese (Livre Docência) – São Paulo: Universidade de São Paulo, 1971. p. 95.
- 14 GUERRA, *op. cit.*, p. 150.
- 15 LACERDA, Galeno. Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris*, Porto Alegre, v. 23, p. 7-15, nov. de 1981.
- 16 ASSIS, *op. cit.*, p. 344.
- 17 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2. p. 23-24.
- 18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 447.
- 19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Forense, 1996. 2. v. p. 864.

- 20 Segundo decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 217.705-1 – Pedreira – 25/5/94, Relator: Sousa Lima: *EXECUÇÃO* – Alegação de nulidade – Apreciação por exceção de pré-executividade – Admissibilidade – Desnecessidade de embargos ou de estar o Juízo seguro pela penhora - Inteligência do art. 618 do Código de Processo Civil – Possibilidade de ser apreciada de ofício pelo juiz – Recurso parcialmente provido para esse fim.
- 21 Segundo decisão proferida no AgIn n. 95.703-4, 2ª Câmara de Direito Privado, Pereira Barreto, Rel. César Peluso – 30/3/99, V.U.
- 22 WAMBIER, *op. cit.*, p. 404-412.
- 23 SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 70-71.
- 24 GUERRA, *op. cit.*, p. 146.
- 25 LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 661.
- 26 Sobre os documentos acostados à petição da exceção de pré-executividade, Sérgio Shimura entende que se as provas forem tênues, difusas ou obscuras, deverão ser discutidas e apreciadas em sede de embargos, que é ação de conhecimento, onde será permitida a ampliação da cognição sobre as mesmas. In SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 82.
- 27 AgIn n. 0755934-0, 11 Câmara, 1 TACivSP, Rel. Ary Bauer, j. 20/11/1997.
- 28 MOREIRA, *op. cit.*, p. 9-12.
- 29 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 21. ed. São Paulo: Leud, 2002. p. 239.
- 30 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 132.
- 31 (...) o que não acontecia na revogada Constituição de 1969, art. 153, § 16, que garantia o contraditório apenas ao processo penal.
- 32 NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 137.
- 33 DINAMARCO, *op. cit.*, nota 18, p. 164.
- 34 NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 136.
- 35 Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris*, Porto Alegre, v. 23, p. 7-15, nov. de 1981.
- 36 ASSIS, *op. cit.*, p. 446.
- 37 BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 55, p. 67, jul. set. 1989.
- 38 ROSA, *op. cit.*, p. 46.
- 39 Idem, p. 77.
- 40 MOREIRA, *op. cit.*, p. 174.
- 41 ASSIS, *op. cit.*, p. 120.
- 42 ROSA, *op. cit.*, p. 90.
- 43 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 116.
- 44 ASSIS, *op. cit.*, p. 446.
- 45 AgIn n 57.772-4, São Carlos, 7ª Câm. Dir. Privado, Rel. Antonio Manssur, 17/9/97, V.U. Ap. 722.625-5 – 4ª Câm. Extraordinária B – j. 4/9/1997 – Rel. Juiz J. B. Franco de Godoi. In RT 750/286.
- 47 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influências do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 130.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 3.
 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ABSTRACT

The authors assert that the pre-execution exception is the way to achieve the so-desired access to Justice in the procedural scope, as the judgement debtor can effectively take part in the proceeding, extinguishing the execution before having his goods seized by the guarantee of the execution.

They enhance that the principle of the due process of law with their corollaries adversary and legal defense have been raised to the constitutional threshold since 1988, which had as a consequence a more acceptable proceeding related to the pre-execution exception, becoming it admissible by the current doctrine.

To conclude, they adduce the possibility of bearing non-dependent public order matters of larger probative postponement and ponder that there is malicious use of process from the person who opposes the pre-execution exception without legal basis.

KEYWORDS - Justice - access; exception - pre-execution; goods; guarantee - execution; due process of law; adversary; legal defense; doctrine; malicious use of process.

Artigo recebido para publicação em 04/11/2002.

João Agnaldo Donizeti Gandini é Juiz de Direito do Estado de São Paulo, bem como Professor de Direito Processual Civil na UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto – e na Faculdade de Direito São Luis, Jaboticabal/SP.

Luciana Rastelli Rangel é especialista em Direito Processual Civil.